



Las cláusulas abusivas en las normas de protección al consumidor

Acepto:

Beliña Herrera Tapias

libro digital



UNIVERSIDAD
DE LA COSTA
1970
VIGILADA MINEDUCACIÓN

Herrera Tapias, Belíña Annery

Las cláusulas abusivas en las normas de protección al consumidor / Belíña Annery Herrera

Tapias. – Barranquilla: Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, 2021

ISBN: 978-958-5172-09-8 (digital)

ISBN: 978-958-8710-79-2 (impreso)

Derecho del consumidor

Protección del consumidor – Legislación

Responsabilidad por producto

343.071 H565

Esta obra es propiedad intelectual de sus autores y los derechos de publicación han sido legalmente transferidos al editor. Queda prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio sin permiso por escrito del propietario de los derechos del *copyright*®.

Las cláusulas abusivas en las normas de protección al consumidor

Las cláusulas abusivas en las normas de protección al consumidor

Beliña Herrera Tapias



2021



EDUCOSTA
EDITORIAL UNIVERSITARIA DE LA COSTA



**UNIVERSIDAD
DE LA COSTA**
1970
VIGILADA MINECUCACIÓN

Las cláusulas abusivas en las normas de protección al consumidor

Autor: Belina Herrera Tapias

Primera edición digital, 2021[©]
Primera edición impresa, 2010[©]

ISBN: 978-958-8710-79-2 (digital)
ISBN: 978-958-5172-09-8 (impreso)

Corporación Universidad de la Costa, CUC
Barranquilla - Colombia

Editorial Universitaria de la Costa S.A.S.
Calle 58 No. 55-66
Teléfono: (575) 344 4623
educosta@cuc.edu.co

Lauren J. Castro Bolaño
Directora (2021)

Perla Isabel Blanco Miranda
Coordinación Editorial (2010)

Impreso por:
G&G Editores
Cali, Colombia

Hecho el depósito que exige la ley

FUNDADORES
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC

EDUARDO CRISSIEN SAMPER
RUBÉN MAURY PERTUZ (q.e.p. d.)
NULVIA BORRERO HERRERA
MARÍA ARDILA DE MAURY
RAMIRO MORENO NORIEGA
RODRIGO NIEBLES DE LA CRUZ (q.e.p. d.)
MIGUEL ANTEQUERA STAND

PERSONAL DIRECTIVO
CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA CUC

TITO JOSÉ CRISSIEN BORRERO Rector	RODOLFO MAURY ARDILA Vicerrector de Bienestar Universitario
MARIO MAURY ARDILA Director Departamento de Postgrados	HERNANDO ANTEQUERA MANOTAS Vicerrector Financiero
CAROLINA PADILLA VILLA Secretaria General	ALFREDO GÓMEZ VILLANUEVA Decano Facultad de Arquitectura
GLORIA CECILIA MORENO GÓMEZ Vicerrectora Académica	JAVIER MORENO JUVINAO Decano Facultad de Ciencias Económicas
HENRY MAURY ARDILA Vicerrector de Investigaciones	ALFREDO PEÑA SALOM Decano Facultad de Derecho (e)
JOSÉ EDUARDO CRISSIEN ORELLANO Vicerrector de Extensión (e)	MILDRED PUELLO SCARPATTI Decana Facultad de Psicología
JAIME DÍAZ ARENAS Vicerrector Administrativo	NADIA JUDITH OLAYA CORONADO Decana Facultad de Ingeniería

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
------------------------	----

CAPÍTULO I

El contrato y su rol en la relación de consumo	15
- Del contrato y sus formas	18
El contrato de libre discusión	19
El contrato de adhesión	23
Contrato de consumo	31

CAPÍTULO II

Las cláusulas abusivas o leoninas	37
- Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas	39
- El concepto de las cláusulas abusivas	41
El concepto abstracto de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias	45
Descripción casuística de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias	50
- Enunciación en el derecho comparado de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias	56

CAPÍTULO III

Los efectos de las cláusulas abusivas 65

BIBLIOGRAFÍA 77

Introducción

El ser humano, como sujeto multidisciplinar, asume diferentes roles en su interacción con los seres y objetos que lo rodean; la ciencia del derecho siempre ha tenido esto claro. Pues bien, ella a su vez es producto de la interacción humana, de la vida en sociedad, sociedad que a través de la historia y la evolución de la ciencia y la tecnología, enfrenta nuevas realidades y presenta indistintas necesidades. En los últimos cuarenta o cincuenta años la sociedad ha asumido los efectos de la industrialización y la producción en serie de bienes y servicios, que provista por una economía moderna de capitales, halla en el mercado un nuevo tipo de sociedad: la sociedad de consumo.

Dicha sociedad demanda un ejercicio interdisciplinario de la ciencia del derecho; la realidad económica conlleva al planteamiento de nuevos principios en los sistemas jurídicos, que reconozcan y garanticen los roles de empresarios y consumidores que asumen los ciudadanos de un determinado Estado y que cada día requieren mayores prerrogativas y protección a sus respectivos intereses.

Es precisamente en el marco de la masificación del tráfico de bienes y servicios y en las relaciones de consumo que una de las instituciones jurídicas más antiguas y relevantes para el derecho sufre una mutación. El contrato ha sido la herramienta jurídica por excelencia, que ha permitido la realización y regulación de las relaciones económicas entre los individuos. En un principio de la historia de las relaciones

contractuales y del derecho privado nos referiríamos al bien conocido contrato de libre discusión o paritario, por el cual se entendía que las partes, de común acuerdo, determinaban los términos del acto jurídico en ejercicio de la autonomía de la voluntad en un ámbito de libertad, igualdad y equilibrio jurídico. Sin embargo, hoy las realidades de la economía de mercado han llevado a los teóricos del derecho y a legisladores a crear y regular nuevas formas contractuales que marchen de la mano con el dinamismo económico, con el que se concretan las actuales relaciones mercantiles. Es entonces cuando se concibe una forma contractual que uniformemente y de manera unilateral determina las condiciones contractuales, limitando el ejercicio de la autonomía de la voluntad y dejando de lado la negociación de los términos contractuales, diferenciándolo a la aceptación o no del texto; son estos los llamados contratos predispuestos o de adhesión.

Diversas teorías se han esbozado para explicar las razones de ser de los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación, así como también los motivos por los que este tipo de figuras son válidas en los diferentes ordenamientos jurídicos. A menudo se escucha que las necesidades de la economía de mercado, el comercio internacional y la globalización económica actual obligan a este tipo de formas predeterminadas de contratación en masa, que son dirigidas indistintamente a un sinnúmero de consumidores y usuarios de bienes y servicios. Pues bien, se constituyen, según el análisis económico del derecho, en la herramienta que eficientemente posibilita el intercambio de productos y servicios alcanzando una mayor utilidad que favorece la construcción de riquezas y el desarrollo social¹, lo cual es también el objeto del derecho, que además entiende que el derecho de contratos tiene como función asegurar la operación del mercado, es decir, el contrato, en cuan-

1 Paz-Ares, J. La economía política como jurisprudencia racional. España: Anuario de Derecho Civil, 1981. p. 626.

to que sustancia la transferencia de medios a donde alcancen su mayor valor; a tal fin que intervendrá en un doble sentido².

La noción de contrato de adhesión es originaria del derecho francés, mientras que las condiciones generales de la contratación son provenientes de la doctrina alemana; aunque ambas concepciones suelen tratarse de forma equivalente, tienen sutiles diferencias. Mientras la condición general mira más a la posición del productor, proveedor, distribuidor o empresario, un contrato de adhesión se centra en el consumidor o adherente que mediante un acto unilateral expresa su voluntad de vincularse a unas condiciones predispuestas por un empresario o profesional, que de hecho se encuentra en una posición de poder privilegiada.

De diversas maneras se ha intentado explicar el fundamento de estas figuras. En los países anglosajones se desarrolló la doctrina del *Caveat Emptor* o consumidor consciente, que en la formación e interpretación de los contratos postulaba como algo lógico y natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor y si éste no utilizaba el sentido común para evitarlo, entonces después no podría quejarse. Desde la perspectiva de esta invención doctrinal, el desequilibrio que pudiera llegar a presentarse en las prestaciones del contrato celebrado, es señal de que también ha existido un desequilibrio —intencionalmente aceptado— en la voluntad de las partes al momento de celebrarlo.

En los países occidentales, de tradición romano-germánica, como lo es Colombia, se desarrolló otro enfoque teórico, conocido como *Teoría del libre mercado y consumidor individual*, en la que, hipotéticamente, empresario y consumidor se encuentran en igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda. No obstante, la realidad de los hechos se encargó de desvirtuar

2 Posner, R. *Economic Analysis Of Law*. Boston-Toronto: Little Brown & Co., 1972, pp. 42-44.

este postulado, puesto que el consumidor es frecuentemente víctima de abusos como consecuencia de estar en situación de inferioridad en el mercado, pues la igualdad entre contratantes es inexistente, de hecho, por la naturaleza misma del mercado de consumo.

Se procuró, entonces, desarrollar teorías que pudieran reivindicar la posición del consumidor, y aparecieron de este modo construcciones como la de los vicios ocultos, la competencia desleal, las garantías mínimas de calidad e idoneidad exigibles, y la regulación de las cláusulas abusivas, leoninas, gravosas o vejatorias.

Así, las llamadas cláusulas abusivas se constituyen en objeto de análisis dentro de las relaciones de consumo, pues es función del derecho procurar la libertad económica, la igualdad entre las partes en las relaciones jurídicas, equilibrar las cargas que deben asumir en virtud de un negocio jurídico, la primacía del principio de buena fe y la protección a los intereses patrimoniales y extra patrimoniales de sus ciudadanos-consumidores.

CAPÍTULO I

El contrato y su rol en la relación de consumo

Las premisas asociadas a las relaciones de consumo de bienes y servicios traen consigo una relación directa frente a los preceptos relativos a los modelos de competencia económica. Pues bien, ambas categorías económicas implican el análisis de la afluencia de la oferta, como forma de actuación del productor, a la vez que se evalúa la incidencia de éste frente a la demanda o recepción de los bienes y servicios por parte del consumidor/usuario, ejes básicos del mercado.

Los modelos de competencia y de consumo naturalmente presentan desequilibrios e imperfecciones determinadas como fallas de los mercados, que se refieren a la asimetría de las relaciones y de la información, bienes públicos, preferentes, monopolios naturales y límites a la competencia; que demandan por parte de los sistemas económicos adoptados por los Estados en sus sistemas jurídicos la positivización interna, en términos de Adam Smith, de un conjunto de ideas o supuestos que posibilitan el funcionamiento armónico del mercado y dan lugar a la eficiencia y el bienestar, para alcanzar las ganancias sociales. Por lo que se hace necesario analizar el equilibrio del mercado desde la óptica de la igualdad simétrica en las relaciones entre productores y consumidores, de oferta y demanda, donde la actuación de uno de estos agentes no afecte la posición económica del otro, como sucedería en el caso de una baja en los costos de producción a partir de materia prima de poca calidad, lo que iría en detrimento de los intereses del consumidor, al igual que una alza significativa en los precios de los bienes y servicios beneficiaría la utilidad del productor pero afectaría al consumidor; y en tanto no se altera la eficiencia del mercado mismo.

En tanto que el Estado posee el monopolio del poder en

todas sus fases: política, social y económica, es soberano a su vez para establecer instrumentos jurídicos que viabilicen estructuralmente la creación, conservación, limitación y regulación de las diferencias económicas y comerciales propias de las sociedades de consumo que prevén una relación de dependencia de los seres humanos que acceden a los productos y servicios ofrecidos en el mercado para la satisfacción de necesidades como formas de supervivencia y mejoramiento de la calidad de vida.

El Estado, al entender las relaciones de intercambio de bienes y servicios, fundadas en la relación negocial de productores y consumidores, en el ámbito del derecho privado económico, ha dispuesto desde esta perspectiva al contrato como el instrumento de juridización de un hecho social y un negocio económico, en el cual se manifiesta la contradicción de intereses (como proceso de interacción), y donde cada persona, agente económico o persona jurídica trata de lograr en esa tensión la maximización de su beneficio: la empresa-productor, la tasa de ganancia, y el consumidor/usuario, la tasa de satisfacción³.

La instrumentación jurídica del contrato muestra esta institución como una forma de realización del intercambio económico de los agentes del mercado; a la vez que se convierte en un instrumento que le permite al Estado establecer límites y controles que procuren evitar desequilibrios dentro de este tipo de relaciones.

Del contrato y sus formas

El contrato, como herramienta de interrelación entre los agentes del mercado que se vinculan en una relación jurídico-económica, puede desarrollarse bajo dos esquemas estructurales: el primer esquema es cuando las partes tienen igualdad

3 Gherzi, C. Contratos de consumo. Bs. As.: Ed. Astrea, 2005, p. 19.

de poder para la discusión del contenido y objeto del contrato mismo, conociéndose este como contrato de libre discusión o paritario; el segundo esquema se estructura bajo la predisposición de los contenidos y objeto del negocio por una sola de las partes, dejando a la otra la única posibilidad de aceptar o no, lo cual da nacimiento al contrato de adhesión.

El contrato de libre discusión

La filosofía de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y su famoso enunciado de que “los hombres nacen y se mantienen iguales en derecho”, fue consagrada en las legislaciones decimonónicas con el siguiente análisis: Por ser iguales y libres los individuos, el contrato libremente celebrado y discutido es necesariamente equitativo; toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica una injusticia⁴. Esta hipotética igualdad entre las partes que celebran el contrato, y los efectos necesariamente equitativos que se predicán del mismo, son acogidos en el conocido adagio que reza: “Quien dice contractual, dice justo”.

Allí, en el significado del referido adagio jurídico, es donde este esquema contractual halla su esencia, en la igualdad negocial o en la similitud del poder de negociación de los sujetos para la determinación del objeto, obligaciones y efectos del contrato para ambas partes, lo que bien podríamos llamar el ejercicio del principio reina del derecho privado: “la autonomía privada”, el cual puede entenderse, en un sentido bastante próximo a su acepción etimológica, como el poder de darse a sí mismo normas. Es la llamada autonomía normativa, que le atribuye a su vez a entes no soberanos el poder de expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano⁵. En fin, es el poder dado a particulares para dis-

4 Mazeaud, H. y Mazeaud, L. Lecciones de Derecho Civil. Parte primera. Volúmenes 1 y 2. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1969, p. 86.

5 Hinestrosa, F. Estudios de Derecho Privado. Bogotá: Ed. Universidad Ex-

ciplinar sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos⁶, asumiéndose estos conceptos en las legislaciones internas de los Estados en el derecho a la propiedad privada y los principios de libertad e igualdad de los sujetos, plasmada en las constituciones democráticas, derivando el principio de autonomía privada, como base de la institución jurídico-económica, que ciñe los argumentos de la sociedad igualitaria, la propiedad como derecho natural y el contrato como soberano, donde se materializa el equilibrio de lo que han querido los contratantes que sea y, por lo tanto, nada puede atentar contra él. La soberanía del contrato es, así mismo, la soberanía de la voluntad⁷, que es la única que tiene el poder de comprometer a los individuos⁸. A su vez, la soberanía de la voluntad incluye que:

- a. Las partes la expresan del modo que más convenga a sus intereses. Una vez expresada dicha voluntad es de obligatorio cumplimiento para los contratantes y para los terceros, incluidos los jueces.
- b. Las partes son libres de discutir el contrato y, en consecuencia, ligarse o no ligarse por medio de él⁹.

Este principio es expresado y positivizado en nuestro Cód-

ternado de Colombia, 1986, p. 11.

6 Scognamiglio, R. Teoría general del contrato. Milán: Casa Editorial Francesco Vallardi, p. 90.

7 El Art. 1134 del Código Civil francés señala que el rasgo característico del contrato es el acuerdo de voluntades *determinado libremente*, sin reservas, y así quedan establecidos por las partes los efectos del vínculo jurídico. Las partes como dueñas y soberanas establecen como quieran y como lo juzguen mejor los derechos y obligaciones por ellas creadas. “La voluntad reina como soberana”. Colin, A. y Capitant, H. Derecho Civil. Madrid: Ed. Reus, 1943, T. 3, p. 581.

8 Larroumet, C. Teoría general del contrato. Vol I, Bogotá: Ed. Temis, 1993, p. 210.

9 Fierro Méndez, R. Teoría general del contrato. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2007. p. 85.

go Civil colombiano, en el artículo 1602, cuando dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

El presupuesto de que la autonomía privada de los sujetos parte del contrato sea únicamente la que determine cuándo hay o no contrato, quiere decir, en otras palabras, que la obligación de contratar surge solo cuando las partes así lo deciden, lo que conlleva de forma implícita el principio de la libertad contractual de las partes. Se puede celebrar el contrato, o bien, se puede desechar su celebración; es esta, en opinión de Larroumet, la expresión más abrupta y más simple de la autonomía de la voluntad¹⁰.

Pero, el principio de libertad contractual no se circunscribe solamente a la posibilidad de contratar o no, también se refiere a la posibilidad de discutir las disposiciones contenidas en el contrato propuesto. La libertad contractual permite a ambas partes negociar y ponerse de acuerdo, frente a los términos contractuales en cuanto prestaciones y obligaciones, en virtud de la libre voluntad en un ejercicio propio, en tanto que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas estarán en situación de velar por su propio interés; de modo tal que lo establecido como vinculante para ellas no es una mera arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto resulta razonable y justo¹¹. La libertad contractual presupone a las partes contratantes la facultad de regular por sí mismas sus intereses particulares, y en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido¹².

10 Para ampliar más sobre esta cuestión puede verse Larroumet, C., Op. cit., pp. 86-87.

11 Larenz, K. Derecho de las obligaciones, Citado por Lorenzetti, R. en Contratos: Parte especial. Bs. As.: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 115.

12 *Ibíd.*, p. 117.

Esta libertad contractual es precisamente la que ha hecho del contrato paritario una institución reina e ideal, para la garantía de los intereses propios, así como la expresión máxima de la libertad individual, que trae arraigada el área del Derecho Privado Clásico. Pues bien, al comprender este postulado, queda para el individuo la posibilidad de decidir en forma espontánea si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo —libertad de conclusión—, además de la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato —libertad de configuración interna—. ¹³ A lo cual la teoría moderna le incluye la libertad de forma del contrato, que también puede ser determinada en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad ¹⁴, como elemento esencial en las sociedades modernas para el funcionamiento de una sociedad libre.

Esto quiere decir que a partir de la libertad contractual, las partes pueden elegir libremente si celebran o no un contrato, la persona con quien lo celebran, si discuten libremente y en un plano de igualdad el clausulado que se va a incluir dentro de dicho contrato y la forma contractual más conveniente para la materialización de sus intereses, aunque sobre este último punto hay que anotar que, en el siglo XIX, cuando surgieron estos planteamientos, la voluntad, en principio se bastaba a sí misma para el perfeccionamiento del contrato y no había necesidad de rodearla del cumplimiento de ciertas formalidades; es la regla del consensualismo imperante en aquella época.

En esta construcción se interrelacionan y se sostienen recíprocamente la libertad individual y la libertad contractual, porque el reconocimiento de los derechos individuales implica la libertad para crear derechos por voluntad del hombre, reserva hecha que el Estado, como soberano del poder y garante

13 Masnatta, H. El contrato necesario, Bs. As.: Ed. Abeledo-Perrot, 1974, p. 56.

14 Stiglitz, R. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Bs. As., Argentina: Astrea, 1993, p. 12.

de los intereses de sus coasociados, no debe desinteresarse de la observancia de las reglas morales¹⁵. Quiere esto decir que sobre las bases ya mencionadas, y en la medida de respetar la sola restricción que ya por entonces imponían el orden público y las buenas costumbres —valga aclarar que el concepto de orden público era diferente al que conocemos en la modernidad—, el Estado debía vigilar el respeto y cumplimiento del contrato como si se tratara de una ley, quedando así expuesto el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato¹⁶, pues bien este es ley para las partes.

El contrato de adhesión

Como vemos, en los tiempos de la expedición de la mayoría de las codificaciones civiles aún vigentes en muchos países, Colombia incluido, por supuesto, solo el orden público (en una acepción mucho más restringida) y las buenas costumbres aparecían como la valla normativamente infranqueable a la soberanía de los clausulados contractuales y a la autonomía de la voluntad. El aspecto característico de la ideología liberal es el de la concepción abstracta del hombre y de las relaciones sociales. No hay preocupación alguna, en esta filosofía, respecto a las desigualdades físicas, psíquicas, culturales y económicas de los individuos. Se reputa a todos dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer actividad conforme a su voluntad¹⁷.

Pero, contrariamente a estas afirmaciones, vertiginosamente las realidades económicas, políticas y sociales del nuevo orden existente dejaron en claro que la supuesta equiva-

15 Ripert, G., citado por Soto Coaguila, C. y Mosset Iturraspe, J. en: *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Col. Internacional, 2009, p. 37.

16 Planiol, M. y Ripert, J. *Tratado del Derecho Civil*. La Habana: Ediciones Cultural, 1947, p. 75.

17 Rezzonico, J. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Bs. As.: Editorial Astrea, 1987, p. 55.

lencia entre las personas, que servía de respaldo a la teoría de la autonomía de la voluntad y el contrato soberano, era una premisa inexacta; y de allí que sus fundamentos empezaran a resquebrajarse cuando a partir de los factores de producción se hicieran notorias las desigualdades existentes en las relaciones entre los individuos.

Tanto en la época de formulación de los códigos liberales, como en la actualidad, es una ficción jurídica que el derecho, a partir de su autopoiesis¹⁸, necesite mantener las estructuras de poder sujetas a la voluntad, cuando en realidad la relación de tales estructuras se establece es con la teleología social del sistema. La igualdad de derechos proclamada en 1789 constituía teóricamente un factor importante para la unidad. La declaración escrita de la igualdad, la supresión de los privilegios de los individuos y de las corporaciones, la concepción individualista de las relaciones sociales que animaba la obra de los constituyentes pudieron establecer los pilares de una sociedad igualitaria. Pero, poniendo entre los derechos naturales el de la propiedad privada, y haciendo de la libertad económica el principio mismo de la nueva organización social, se sembraba en el alma de la nueva sociedad una contradicción que no podría superar¹⁹.

Consecuentemente, la realidad del imparable proceso de industrialización, producción en serie y el tráfico masivo de bienes y servicios, llevó a concientizarnos del nuevo panorama jurídico que dejaba atrás a la libertad e igualdad jurídica de las partes en los negocios jurídicos, pasando a ser un aspecto meramente de forma. Si bien el Estado liberal concibió al individuo como un ser libre e igual frente a los demás, ello no significó en modo alguno que todos los hombres tenían la misma condición económica o social. *Contrario sensu*, cada día

18 Teubner, G. El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho, Cuadernos de Filosofía del Derecho; traducción de Carlos Gómez Jara-Díez. Bs. As.: Doxa, 2002, p. 33.

19 Ghersi, C. Op. cit., p. 11.

eran más evidentes las grandes desigualdades derivadas de factores principalmente de tipo económico. En esta desigualdad los medios de producción tuvieron un papel fundamental, el paso de un tipo de producción artesanal a la cadena de producción en serie o en masa, determinó un cambio sustancial en el sistema económico que acogió entonces la acumulación de capitales como elemento principal. De hecho, ya en el siglo XIX aparecieron algunos contratos que no satisfacían estos pretendidos principios, debido a que las partes no se encontraban en un mismo plano de igualdad contractual, como era por ejemplo el caso de los empleadores y los trabajadores, y los contratos de dependencia o subordinación económica, donde una de las partes se encuentra en una posición de notoria desigualdad frente a la otra²⁰.

Si bien es innegable que la desigualdad es uno de los rasgos primigenios de la naturaleza humana (desigualdad de inteligencia, astucia, cultura, honradez, etc), no se trata esta vez de esta clase de desigualdad, que además ha sido asumida por el derecho civil mediante los conceptos de incapacidad legal y vicios del consentimiento (dependiendo si se trata del obrar de las partes o de terceros). No, los aspectos de estas nuevas desigualdades, como bien lo anota Alpa (2002), se producen entre grupos o categorías de personas, y estos contratos se caracterizaban porque uno de los contratantes se hallaba en una manifiesta inferioridad económica con respecto al otro, de la cual se derivaba una situación de dominación de una de las partes que se traducía en la imposición de una serie de cláusulas en el contrato²¹.

Para algunos estudiosos como Alvin Toffler, el punto de inflexión alrededor de esta cuestión se encuentra en la Revolución Industrial. En tal sentido, dice Toffler:

20 Vargas, M. Contratos de exportación entre productores y consumidores, Santiago de Chile: Ed. Univ. Santiago de Chile, 2001, p. 20.

21 *Ibíd.*, p. 23.

El proceso de industrialización contemporánea ha sido palanca fundamental de la mayor transformación que ha experimentado la humanidad a lo largo de su historia. Ha contribuido a modificar profundamente las formas de vida de los hombres y, por ello, ha forjado nuevos modos de contemplar las relaciones de los mismos entre sí y con el mundo exterior²².

A la vez de esta industrialización, con sus agregados de producción en serie y economía de libre mercado, se produjo un incremento demográfico de la población que ocasionó profundas transformaciones en las estructuras sociales, económicas, culturales, políticas y también jurídicas, dando lugar a nuevas necesidades y problemas²³. Los usos y costumbres, las prácticas y modelos, así como los patrones o reglas de la sociedad en general han sufrido grandes cambios. Un nuevo paradigma²⁴ se presenta: la masificación de la sociedad. Esta masificación significa homogeneidad, un conjunto de personas no cualificadas que se integran armónica pero despersonalizadamente, según Ortega y Gasset (1996); el anonimato entre los sujetos de las diferentes relaciones se convierte en un elemento preponderante.

Este escenario de masificación del obrar humano, de mecanización y de anonimato, acentúa la disparidad de fuerzas

22 Toffler analiza varias veces esta cuestión, siendo la más importante la esbozada en su libro *La tercera ola*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985. También se pueden encontrar comentarios a este respecto en Mori, N., *La revolución industrial*. Madrid: Ariel, 1988.

23 Soto Coaguila, C. *Transformación del derecho de contratos*. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2005, p. 4.

24 Para Thomas Kuhn, “un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma”, en este sentido, los paradigmas se constituyen como realizaciones científicas reconocidas que, durante algún tiempo, proporcionan patrones de problemas y soluciones a una comunidad científica. Kuhn, T., *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 13.

entre los sujetos que contraponen sus intereses en la órbita de las relaciones civiles, laborales, mercantiles, etc.²⁵.

En ese orden de ideas, la nueva estructura de la sociedad que resultó a partir del modelo fordista de producción, acrecentó el poder de la empresa como concepción económica predominante, en detrimento de los individuos particularmente considerados. El liberalismo, si bien reconocía a todos idéntico poder jurídico, consentía a la empresa económicamente más potente determinar en forma unilateral, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. Con ello, perseguir de modo legítimo sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de límites compatibles con aquellas leyes del mercado²⁶.

La producción indiscriminada de bienes, con destino a un mercado cada vez más grande, necesitaba de mecanismos más dinámicos que el contrato tradicional: el contrato negociado²⁷, aquel que según el estudioso del derecho Ospina Fernández “implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes y cuya celebración debe realizarse previa discusión entre tales partes de todas y cada una de las cláusulas que lo integran”, que fue paulatinamente perdiendo vigencia, hasta ser prácticamente marginado de las modernas concepciones económicas de la producción en masa, la mecanización de la tecnología y la rapidez de las operaciones comerciales.

Así, entonces, los actuales tipos de contratación requieren de figuras jurídicas que atiendan, a completitud el flujo con que se realizan las relaciones mercantiles y de consumo; claro está, sin dejar de preservar un mínimo equilibrio entre los

25 Stiglitz, R. & Stiglitz, G. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Bs. As.: Ed. De Palma, 1985, p. 36.

26 *Ibíd.*, p. 46.

27 El término contrato negociado es análogo al contrato paritario, por la situación de paridad entre las partes, que usa mucho la doctrina argentina, y al contrato de libre discusión.

contratantes. Los contratos celebrados sobre la base de la adhesión a condiciones generales, que bien pueden entenderse en su sentido etimológico del latín *adhaerere*, que significa “convenir en un dictamen o partido y abrazarlo... o sumarse a un recurso formulado por otra parte”²⁸; o como bien lo ha definido Messineo: “Es aquel contrato en el que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de tal manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”²⁹; representan una expresión de los roles socioeconómicos que permanentemente asume el consumidor/usuario del mercado de hoy, a diferencia de lo que sucedía en el siglo XIX, significan el paso de la producción artesanal y del contrato individual, al de la producción en masa y la contratación en serie³⁰.

Como bien sustenta el análisis económico del derecho, el diseño de esquemas uniformes y preformulados, en nuestro actual sistema mercantil, se hace imprescindible, pues no existen ya fronteras entre los mercados y el consumidor puede requerir bienes y servicios que se ofrezcan en cualquier parte del mundo, y el tráfico comercial no puede verse paralizado por la discusión de cada término contractual como ocurría con el contrato paritario, por eso la tarea no es impedir o negar el uso de estas formas, la verdadera labor para doctrinantes y legisladores es establecer normas y mecanismos de control que impidan el abuso excesivo en las estipulaciones contractuales. Y la búsqueda de nuevos tipos de contratación es en pro de la simplificación de los negocios jurídicos, apoyándose en la unificación del texto mediante condiciones generales estables, conocidas y corrientes que posibiliten una tranquila

28 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edición virtual. Recuperado de: <http://www.lema.rae.es/drae/?val=adhaerere>

29 Messineo, F. El contrato en general. Milán: Ed. Giuffrè, 1973, p. 283.

30 Santos Briz, J., Derecho Económico y Derecho Civil. Madrid: Ed. R.D.P., 1978, p. 33.

previsión y seguro cálculo... con lo que se evitan inseguridades y litigios³¹.

Gran parte de la doctrina civil contemporánea que se ocupa del estudio de los contratos ha coincidido en sostener que el principal elemento beneficioso que se exhibe, en el derecho de contratos, es que la uniformidad de los textos contractuales logra aumentar la seguridad y la rapidez del negocio jurídico, evitando largas negociaciones³². Y al parecer el elemento malicioso o negativo se halla de manera inequívoca en una clara ventaja de poder económico para los productores, distribuidores, proveedores y empresarios, en el sentido de que se anulan los costos que generan las tratativas en ejercicio de la discusión y acuerdo de voluntades entre las partes acerca de cada uno de los términos del contrato, a la vez que al ser quien redacta unilateralmente las cláusulas tiene la posibilidad de imponer³³ y garantizar sus prestaciones, generando desequilibrios.

Fue precisamente la existencia de estos desequilibrios lo que dio origen a la crisis de la teoría de la autonomía de la voluntad, abriéndose de este modo alternativas más flexibles para la comprensión de una sociedad de mercado y la estandarización contractual.

Esta crisis en la tesis de la autonomía de la voluntad se manifiesta en las siguientes asimetrías:

- **Asimetría jurídica:** Posibilidad para el oferente de regular y establecer las cláusulas y condiciones del

31 *Ibíd.*, p. 41.

32 Hedermann, J. *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III. Madrid: Ediciones R.D.P., 1958, p. 32.

33 Los hermanos Mazeaud consideran en su obra *Lecciones de derecho civil* que esta imposición se puede mirar desde dos ópticas: desde el poder económico o desde el poder moral. Entendiendo por poder económico la mayor fortaleza de capital que ostenta la empresa frente a los particulares comunes y corrientes, mientras que el poder moral se traduce en un mayor grado de conocimiento de los negocios” consecuencia de su constante actividad profesional relacionada con el mercado comercial.

contrato, en detrimento de las opciones del adherente de discutir acerca de sus intereses, en ejercicio de la autonomía privada.

- **Asimetría de información:** Debido al poder natural del profesionalismo del productor empresario, y al posicionamiento en el mercado que tiene el oferente, éste posee un grado superior o absoluto acerca de la constitución y calidad del bien o servicio ofertado, frente al consumidor que desconoce o conoce parcialmente aquel objeto, lo que le permite al productor condicionar la aceptación del adherente a lo estipulado por él en el contrato.
- **Asimetría económica:** En la medida en que existe una marcada desigualdad entre los capitales de la empresa y sus potenciales clientes, la empresa determina unos costes de producción y comercialización y espera obtener un estimado beneficio por el capital invertido, constituyéndose el precio final de los bienes y servicios ofertados, siendo allí precisamente donde puede existir una ruptura en detrimento de los intereses consumidor/usuario.

La crisis de los planteamientos de la teoría de la autonomía de la voluntad, que ubicaba a las partes contratantes en un plano de absoluta igualdad y por lo tanto explicaba el principio de la libertad contractual desde dos perspectivas: La de poder elegir si contratar o no, y la de poder escoger o discutir los contenidos contractuales y la forma del contrato a celebrar; se hizo patente a comienzos del siglo XX, cuando comenzó el fenómeno conocido como de la contratación en masa y los contratos de adhesión.

Se dijo entonces que había llegado la denominada “crisis del contrato”, para indicar que llegaba a su fin la percepción de que tal instrumento representaba una fórmula justa y

equitativa para todos, desde la perspectiva del equilibrio en el poder de negociación de las partes. Pues bien, esta modalidad económica de producción, circulación, distribución y comercialización está pre redactada, dando origen a las denominadas cláusulas predispuestas y a los contratos de adhesión como metodología de formulación contractual, con categorías universales nuevas: las empresas y los consumidores/usuarios, en las que se verifica una asimetría de poder, por la predisposición de las cláusulas por parte de la empresa como sistema de dominación³⁴, demandado del Estado y del derecho un papel activo en pro de generar un equilibrio de eficacia económica.

Contrato de consumo

En efecto, en las últimas décadas el proceso de fabricación masivo de bienes y servicios, el desarrollo tecnológico de la industria, las técnicas de comercialización, la ruptura de las fronteras comerciales entre Estados, los clausulados predispuestos, han determinado las relaciones de consumo y la contratación moderna. Por lo que los Estados democráticos amplían el espectro de tutela al ciudadano, ahora revestido como agente del mercado, para establecer imperativos que propendan a recomponer las desventajas y asimetrías jurídicas que asisten al hoy ciudadano-consumidor.

Se presenta entonces hoy el derecho del consumidor como uno de los objetos jurídicos de mayor trascendencia en todos los sistemas legislativos, dentro de los cuales se centró como uno de los tópicos de regulación los instrumentos legales que materializan la relación de consumo, dentro de los cuales, por la naturaleza económica misma de la relación, el contrato por adhesión ocupa el centro de la escena en las relaciones jurídicas de consumo³⁵.

34 Ghersi, C. Op. cit., pp. 28, 29.

35 Ghersi, C. Contratos civiles y comerciales. Bs. As.: Ed. Astrea, 2002, p. 356.

Lo que nos lleva a vincular al contrato de consumo dentro de la categoría de los contratos de adhesión y a definirlo como aquel que se celebre entre un productor-proveedor de bienes o servicios y un adquirente-consumidor/usuario a título oneroso, para la adquisición o prestación de bienes o servicios, con el propósito de destinarlo al consumo final, personal, familiar o social, mediando hoy su concreción, mediante condiciones predispuestas.

Al atrevernos a definir el contrato de consumo bajo las premisas del contexto económico, social y jurídico de las relaciones de consumo actuales, no se está preceptuando a este como una forma contractual determinada, sino que se está haciendo referencia a un estadio transversal que atraviesa toda relación jurídica en la teoría de los contratos; por lo tanto, con los contratos de consumo no estamos significando un tipo contractual determinado³⁶, pues al exceder las relaciones de consumo la esfera del derecho privado y ser pluridisciplinar, resulta incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no el carácter de contratos de consumo, según se configuren los presupuestos que hoy constituyen una matriz en el marco del mercado y el consumo.

Una de las formas de establecer si estamos ante un contrato de consumo es analizando el objeto del contrato mismo, sin olvidar que el sujeto comprador-consumidor, sea una persona natural o jurídica, debe operar para el caso de la legislación colombiana tal como anota la Ley 1480 de 2011, que entrará en vigencia en el mes de abril del año 2012, en su artículo 5, numeral 3: “(...) como destinatario final, que adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”; ahora bien,

36 Wajntraub, J. H. Defensa del consumidor. Bs. As.: Lexis Nexis, 2002, p. 11.

podríamos enunciar alternativamente cuatro grandes objetos de este tipo de contrato tales como:

1. **La compra o adquisición de bienes muebles:** Este bien puede anunciarse como el objeto más común, pues al decirse que el consumidor o usuario actúa dentro de la esfera de satisfacción de las necesidades propias, familiares, domésticas y empresariales, en el contrato de compra-venta en el que el negocio jurídico se refiere sobre cosas muebles, estarán incluidos entonces los productos alimenticios, farmacéuticos, recreativos, mobiliarios, indumentarios y bienes suntuarios, entre otros, los cuales cualquier ser humano o persona jurídica requiere en algún momento de su existencia.
2. **La locación de bienes muebles:** La misma Ley 1480 de 2011 anota en el artículo 2, que se refiere al objeto de la ley, que esta se extiende a todas las relaciones de consumo, y hoy por hoy una de las formas de obtención de productos, es en sentido amplio el clásico contrato de locación de bienes, así como el contrato de leasing, considerado un contrato atípico.
3. **La prestación de servicios:** Cuando el objeto se refiere a la prestación de un servicio, la protección al usuario y la concepción de este es asimilable a lo enunciado en la legislación argentina en su Ley 24240. Tanto en esta como en el Estatuto del Consumidor colombiano del 2011, se puede interpretar que el concepto de prestación de servicios de estas normas es más amplio que el del contrato de locación de servicios que regula el Código Civil, pues en primera medida se enmarca en las relaciones de consumos que exceden los límites contractuales, comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa sino, mediante el servicio del prestador, lograr el uso o goce de una cosa en virtud del quehacer humano o del funcionamiento de una máquina o elementos electró-

nicos; así por ejemplo, cuando se tiene por objeto un asesoramiento, transporte, asistencia de cualquier naturaleza, seguro, hospedaje, administración de un fondo común, etc., sin importar que se trate de una obligación de medios o de resultado³⁷.

Debemos estar atentos en esto, pues bien podrían quedar fuera de esta Ley 1480 de 2011 una serie de relaciones contractuales de reiterado uso en todos los ámbitos de la vida cotidiana, tanto de personas naturales como jurídicas.

4. **La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda:** En esta modalidad el objeto del contrato es el producto elaborado, construido o fabricado, constitutivo de vivienda, el cual ha sido incluido por el derecho comparado como una modalidad de objeto de este tipo de contratos. Frente a la compra de bienes inmuebles la Ley 1480 de 2011 no enuncia nada de manera expresa; sin embargo, en su artículo 5, al referirse a la definición de consumidor establece que: este lo sea “de un producto cualquiera que sea su naturaleza”; así mismo, cuando se refiere a producto lo hace de manera genérica al decir “todo bien”, lo que incluye tanto bienes muebles como inmuebles; y, finalmente, la construcción de una vivienda es la elaboración de un producto que puede ajustarse a una necesidad privada, familiar, empresarial o doméstica, que claramente puede ser para la habitación de una familia, de una sola persona o para el asiento o domicilio de una persona jurídica, lo que lo circunscribe al ámbito de las relaciones de consumo.

Sin embargo, existe una cualificación del objeto. Por ejemplo, la ley argentina 24240, de defensa del consumidor, es-

37 Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario, 2ª ed., Bs. As.: Astrea, 2000, p. 72.

estructura dos requisitos para que ello pueda ser aplicable: que el inmueble sea nuevo, lo que incluye tres modalidades: lotes adquiridos para construir viviendas, vivienda en construcción o vivienda construida pero que no haya sido habitada, y que la oferta haya sido realizada públicamente, vale decir, a consumidores potenciales indeterminados.

El destino de vivienda exigido por el precepto legal es coincidente con la idea de destino final que determina la existencia de un contrato de consumo. Precisamente,

(...) es el destino el elemento cualificador de la noción de vivienda. Los términos vivienda y residencia son sinónimos. Basta, pues, con que se trate de una superficie de terreno, debidamente construida, delimitada y habitable, que se destine o pueda destinarse a residencia de una persona física, sea estacional, ocasional o permanentemente³⁸.

Resulta interesante, además, lo establecido en el literal b del Decreto 1798 que reglamenta el Estatuto de Defensa del Consumidor argentino (Ley 24240), cuando anota: “En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a viviendas, se facilitará al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados”. Lo que impone un deber activo a los proveedores en cumplimiento del derecho a la información, como derecho básico de los consumidores de conocer clara y verazmente las calidades de los productos que va a adquirir.

Finalmente debemos anotar que los contratos basados en relaciones de consumo adoptan de manera principal las for-

38 Cabello de los Cobos y Mancha, Luis M. La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles. Madrid: Civitas, 1990, p. 81.

mas de negociación estándar, fruto de los avances tecnológicos y de la masificación de los bienes y servicios en el mercado; que la contratación privada contemporánea ha denominado contratos predispuestos o contratos por adhesión, tanto así que el actual Estatuto del Consumidor colombiano, en su Título VII que se refiere a la protección contractual, en su capítulo 2, artículo 37, solo hace mención a esta modalidad y a las condiciones generales de la contratación, pues como bien lo ha sustentado el análisis económico del derecho, la naturaleza misma de las dinámicas relaciones de mercado demandan la necesidad de textos uniformemente predispuestos que eviten las dilataciones negociales, disminuyan los costos prenegociales y mantengan el flujo del tráfico patrimonial a partir del intercambio de bienes y servicios, coherentemente con el concepto de la moderna actividad global empresarial.

CAPÍTULO II

Las cláusulas abusivas o leoninas

Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas

Las actuales estructuras de los vigentes sistemas sociales, como bien se ha anotado anteriormente, indican que en la modernidad nos enfrentamos a un consumo de bienes y servicios que va más allá de la simpleza con que tradicionalmente se ha tratado; pues, como bien indica Carlos Gherzi, reconocido autor en la materia,

(...) para nosotros, *consumo* es una *estructura* —como ubicación de un actor o agente social—, en relación con los recursos y las restricciones socioeconómicas y jurídicas, propias del sistema de economía capitalista, imprescindible para su existencia y reproducción, que ejerce sobre el individuo y su vida una presión que lo convierte a él y a la comunidad, en una forma muy especial, que ha dado en llamarse “sociedad de consumo”³⁹.

Por lo tanto, el consumo va más allá del rol económico que puede asumir el hombre; implica, hoy, un consumo digno que infiere en derechos que implican a toda una organización, una cultura y una protección especial por parte del Estado al consumidor/usuario, que se enfrenta a un profesional empresario que tiene como meta la obtención de ganancias y la acumulación de capital. Así se configura un nuevo escenario para las relaciones interpersonales, convertidas ahora en relaciones de cambio basadas en transacciones⁴⁰ que generan una inje-

39 Gherzi, C. Contratos de consumo, Bs. As.: Ed. Astrea, 2005. p. 2.

40 Vega Mere, Y. Consideraciones preliminares a favor de la construcción

rencia de la economía en las cuestiones cotidianas de la vida en sociedad, lo que ha alcanzado proporciones insospechadas, que ni siquiera el más visionario de los legisladores liberales hubiera tenido posibilidad alguna de vislumbrar⁴¹.

Al generarse esta tarea para el sistema jurídico, como vimos anteriormente, la respuesta fue la creación de formulaciones contractuales predisuestas que permitieran mantener el tráfico acelerado de bienes y servicios que circulan ya no solo en los mercados internos sino en los globales, como consecuencia de los tratados de libre comercio, la compraventa internacional y el fenómeno de la globalización de la economía.

En este sentido, bien anota el profesor Pedro Silva Ruiz:

La dinámica interna del capitalismo —reducción de los costos, realización del beneficio— determina el fenómeno de la producción en masa de bienes y servicios y la posterior necesidad de una ampliación o ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. El empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción cuantitativa, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, a los que será necesario captar a través de fenómenos singularizados, pero, a la vez destinados a audiencias multitudinarias, como el marketing y la publicidad⁴².

Esta generación nueva de modelo de contrato pre formulado y rígido y sin lugar a dudas, es un efecto forzoso de la masi-

dogmática de los contratos de consumo, en instituciones de derecho privado - Contratación contemporánea. Alterini, Atilio (Comp.). Bogotá: Ed. Temis, 2001, Tomo II, p. 519.

41 Vallespinos, C. El contrato por adhesión a condiciones generales. Bs. As.: Ed. Universidad, 1984, p. 185.

42 Silva Ruiz, P. Contratos de adhesión y condiciones contractuales generales, en instituciones de derecho privado - Contratación contemporánea, Alterini, Atilio (Comp.). Bogotá: Ed. Temis, 2001, Tomo II, p. 42.

ficación de las relaciones económicas a partir de la producción en masa de bienes y servicios; lo cual algunos doctrinantes, como los hermanos Stiglitz, lo consideraron inevitable pues a su juicio sería fantasioso imaginar que dicha producción fuera comercializada mediante la contratación tradicional, es decir, *precedida de tratativas y discusiones en torno a todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato*⁴³. Frente a esto se cree que no existe duda alguna; sin embargo, los contratos por adhesión traen consigo una complicación y es que al tener el empresario el poder de establecer los términos contractuales y el conocimiento profesional acerca del producto o servicio ofertado, pone al consumidor en una posición de evidente desventaja; y lo que parecería la solución para el ejercicio comercial, se ha convertido en la generación de un abuso de poder y de posición dominante, en la que el empresario cae a través de la imposición de cláusulas abusivas, que causan un vasto detrimento al patrimonio y a los derechos personales de los consumidores y usuarios.

El concepto de las cláusulas abusivas

La situación de desequilibrio que hoy se acepta casi de manera indiscutible, dadas las circunstancias de hecho entre los sujetos parte al momento de contratar, presenta así mismo una mera igualdad formal en el contrato de adhesión, que consiste en el simple acto de asentir en bloque el texto o no cerrando la total posibilidad de celebrar el contrato, renunciando a los bienes o servicios objeto del contrato; lo que ha llevado a una parte de la doctrina a negar la existencia del elemento tradicionalmente conocido como el *consentimiento*, claro está de aquél que se adhiere al clausulado predispuesto por mo-

43 Stiglitz, R. y Stiglitz, G. Op. cit., p. 20. (Itálicas en el texto original).

tivos de una desigualdad real o por un estado de necesidad de adquirir los bienes o servicios para satisfacer un interés privado, familiar, doméstico o empresarial. Y precisamente el contrato de adhesión es un supuesto típico de desplazamiento del principio de libertad contractual y de fractura del modelo clásicamente individualista de formación del contrato⁴⁴.

Por lo tanto, la situación de desequilibrio contractual resulta totalmente impensable para los códigos civiles y comerciales tradicionales, que se diseñaron bajo el fundamento de libertad, igualdad y autonomía privada de los sujetos contratantes. Este tipo de análisis han llevado tanto a doctrinantes como a los sistemas jurídicos de los distintos países a repensar formas teóricas y normativas que proporcionaran mecanismos que permitan superar los excesos de aquellos contratos pre-dispuestos, que libremente no habrían sido aceptados por un consumidor/usuario diligente, con verdadero poder de negociación, que le permitiera disentir de lo allí estipulado.

Pese a todo ello la economía de mercado y la empresa moderna han establecido al contrato de adhesión como la técnica negocial por excelencia de la era de la sociedad de consumo y del tráfico masivo de bienes y servicios, a la vez que dicha técnica, a partir de textos jurídicos uniformes, ha consolidado la posición de los empresarios, al permitirles disponer en su totalidad del poder de negociación, calcular anticipadamente los riesgos, responsabilidades y situaciones litigiosas que asume una vez se perfeccione el negocio jurídico. A partir de ello, se ha advertido que los riesgos y responsabilidades asumidas exceden la normal tolerancia, al tratar de preservar la posición económica del productor, proveedor, distribuidor y empresario, mediante fórmulas jurídicas que eventualmente, según lo analizaremos, transforman el contrato por adhesión en un potencial instrumento de injusticia⁴⁵.

44 *Ibíd.*, p. 49.

45 *Ibíd.*, p. 95.

Obviamente, producto de la materialización de esa potencial relación jurídica injusta, encontramos la ya enunciada cláusula vejatoria, leonina, gravosa o abusiva, considerada por los hermanos Stiglitz la gran protagonista de este tipo de técnica negocial, que alcanza tal grado de incidencia, que casi toda la actividad del derecho comparado —tanto teórica como normativa—, relacionada con las formas contractuales a partir de las relaciones de consumo, se dirigen hacia el análisis y control de estas cláusulas. Por ello, para tratar de identificarlas y perfilar un concepto, se hace menester razonar acerca de las circunstancias en que se generan; por ende, un acercamiento a las mismas se vislumbra en los contratos efectuados por adhesión a condiciones generales.

Se torna relevante, entonces, sustituir la discusión sobre los términos contractuales como fruto de la autonomía privada y ejercicio de la libertad contractual, bajo el precepto clásico del contrato, por la predisposición de cláusulas que restringen el poder de negociación y reafirman la posición dominante injusta de uno de los polos, que en términos generales conduce al abuso económico y jurídico, cuando el productor, distribuidor o proveedor ejerce dicho dominio para mitigar sus obligaciones, aventajar acerca de la forma de ejecución de sus deberes, eximirse de responsabilidades posteriores o restringir sus consecuencias, ocasionando una mayor carga obligacional al consumidor/usuario, invirtiendo la carga probatoria en este, no siendo él profesional que conoce al detalle las calidades y constitución del producto o servicio, con lo que se niega el principio de reciprocidad de los términos contractuales y se establecen además plazos asfixiantes que atentan contra las debidas prestaciones e intereses del mismo consumidor.

Este enunciado soporta que evidentemente las cláusulas abusivas o leoninas son un efecto inexorable del poder del empresario de determinar arbitraria y unilateralmente el contenido de la relación contractual y que son incorporadas con una

finalidad inequívoca: la de consolidar la posición contractual del predisponente, garantizando sus intereses por ventajas que toma a su cargo, que asienten en la contraparte en riesgos, onerosidad y sacrificios recalcadamente gravosos, que desatienden el principio conmutativo de reparto de los intereses en conflicto⁴⁶. Es así como el concepto de cláusulas abusivas se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes: los bienes o servicios que hayan de proporcionarse y la contraprestación que haya que pagar por ellos así como su equilibrio económico; es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de la normativa de las condiciones generales⁴⁷.

En este punto es importante destacar que una cláusula leonina, abusiva o vejatoria es aquel término o estipulación que una de las partes sujeto de la relación comercial redacta en el texto del contrato con la finalidad de obtener una prerrogativa injusta sobre la otra parte. Y tales estipulaciones no son exclusivas de los contratos por adhesión a condiciones generales, pueden aparecer en cualquier acuerdo con fuerza vinculante que las partes celebren, lo que sucede es que son más comunes y es más fácil su aparición en esta forma de contratación, en la que el adherente, al no tener más remedio que contratar, accede a no ejercer ciertas facultades que el ordenamiento le otorga; es por ello que se sostiene que la sola firma del adherente, con la cual asienta su consentimiento, no basta para poder obligar a una persona al cumplimiento de dichas cláusulas⁴⁸.

De lo expuesto se infiere entonces que establecer el concepto de la abusividad de una cláusula resulta algo problemático,

46 *Ibíd.*, p. 96.

47 Díez-Picazo, L. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 41.

48 Gómez, C. *Estudio sobre los contratos por adhesión a condiciones generales*. Bogotá: Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 140.

pues si utilizamos meras acepciones abstractas, la aplicación en concreto para cada caso específico puede conllevar a mayores contrariedades y ofrecer soluciones disímiles que generen mayor inseguridad jurídica en los marcos normativos, a la vez que una enunciación taxativa a los casos en concreto de las cláusulas abusivas podría bien generar vacíos normativos al ser estos exhaustivos, dejando abierta la problemática de si también podrían aplicarse o no por analogía.

En esta disyuntiva la doctrina y la legislación comparada aportan dos puntos de vista: el que conecta la abusividad de la cláusula con la figura del abuso del derecho, cuya característica principal es el uso malicioso o desviado de las finalidades sociales de un derecho concedido a una persona; y otra visión que relaciona la abusividad con la buena fe objetiva o la lesión enorme, siendo su elemento principal el resultado objetivo que causa la conducta de la persona que incorpora la cláusula en el contrato, debiendo ser tal un perjuicio grave sufrido objetivamente por el consumidor, o bien provocar un desequilibrio por la inclusión de la cláusula abusiva en el contrato, usando términos para denominarlas como onerosas o excesivas⁴⁹.

Es lo que Díez-Picazo ha denominado la tensión entre el casuismo de las llamadas listas negras, en donde los estatutos del consumidor o las regulaciones relativas al derecho del consumo en los distintos Estados enuncian los casos en particular de términos contractuales abusivos; versus la definición abstracta de las cláusulas abusivas que permiten a su vez concretar los casos no enunciados normativamente.

El concepto abstracto de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias

En cuanto a la definición abstracta de las cláusulas abusivas, esta se supedita al precepto de la *buena fe* (subjettiva y

49 Weingarten, C. Derecho del consumidor. Bs. As.: Editorial Universidad, 2007, p. 178.

objetiva), así como al justo equilibrio de las prestaciones contractuales. Por lo tanto, lo que interesa es constatar si existe desequilibrio jurídico-económico, causado por ejercer un comportamiento contrario al principio de buena fe. Se parte de un análisis general de los derechos en juego frente a las respectivas posiciones de las partes contratantes, debiéndose tratar éstas de manera equitativa y leal, de tal forma que no se desconozcan los intereses legítimos de uno y otro al formular una cláusula que opere en detrimento del consumidor/usuario, lo que generaría un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones que derivan de un contrato, lo que presupone a su vez *mala fe* del predisponente. Como sostiene R. Stiglitz:

Si la cláusula abusiva es aquella que tiene por objeto provocar un desequilibrio, no deberá perderse de vista que la expresión —objeto— ha sido empleada como fin del acto, móvil, o intento a que se dirige o encamina la acción; y si ello es así la cláusula leonina siempre es dolosa, dado que la finalidad que le es inherente de provocar desequilibrio, presupone un acto intencional⁵⁰.

La tesis abstracta de las cláusulas abusivas, siguiendo al maestro Díez-Picazo, gira en torno a dos ideas principales:

1. La desviación del módulo de la buena fe contractual, entendiendo la buena fe como una fuente de integración del contenido contractual y, por lo tanto, como una fuente de producción de derechos y facultades o de obligaciones y cargas de las partes; el carácter abusivo podrá medirse por la desviación del contenido del derecho legal dispositivo, que no solo es un auxilio para aquellos consumidores/usuarios poco diligentes o descuidados, sino una forma de regulación justa del contrato.
2. El detrimento o perjuicio del adherente y la del desequi-

50 Stiglitz, R. Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Bs. As.: Ediciones De Palma, 2005, pp. 3-16.

librio, que puede realizarse contemplando, por una parte, los derechos y facultades y, por otra, las cargas y obligaciones. En el primer sentido, las cláusulas serán abusivas si atribuyen al proponente derechos y facultades de carácter exorbitante, o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los adherentes. En el segundo campo la idea se expresa inversamente: serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del predisponente y cuando aumenten las cargas y las obligaciones del adherente⁵¹.

En el derecho comparado hay claros ejemplos de la inclusión de estos conceptos abstractos fundados en la buena fe. El primer ejemplo se halla en la Directiva 93/13, del Consejo Económico de las Comunidades Europeas, del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en su artículo 3 establece que:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

51 Díez-Picazo, L. Op. cit., pp. 41-42.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

En este mismo sentido, en el libro cuarto del Código Civil italiano, el artículo 1469 dispone que:

Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (En el contrato entre el consumidor y el profesional que se ocupa o tiene por objeto la oferta de bienes o servicios, se considerarán cláusulas inconcebibles, vejatorias, las que a pesar de la buena fe, determinen en el consumidor un desequilibrio importante de los derechos y las consiguientes obligaciones derivadas del contrato).

En España, la Ley 26 del 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, establece en su artículo 10 unas características especiales para las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, enunciando en su literal a: la buena fe y equilibrio en las contraprestaciones.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil regula mediante la Ley 9 8078, del 11 de septiembre de 1990, las cláusulas abusivas en el capítulo VI, sección II, artículo 51, así:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (Son nulas de pleno derecho,

entre otras, las cláusulas contractuales relativas a la provisión de productos y servicios que: IV. Establezcan obligaciones consideradas inequitativas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad).

Por su parte, la legislación argentina, a través del Decreto 1798 de 1994 que reglamenta la Ley 24240, establece en su artículo 37 que: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

En Colombia, el proyecto del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), continuando la línea legislativa del derecho comparado, ha prescrito en su artículo 42 que:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Claramente la norma colombiana, al hablar del “desequilibrio injustificado”, pretendió introducir los fundamentos abstractos de la concepción de las cláusulas abusivas, pues recordemos que la buena fe contractual supone que en los intereses económicos generales de un contrato se halla una armoniosa equidad entre las pretensiones de una y otra parte, a la vez que pueda haber un cumplimiento y ejercicio igualitario, leal y real de deberes, responsabilidades y derechos. En ese mismo sentido lo que se busca es que el principio de libertad de contratación no ampare la desigualdad; para que la igualdad de las partes sea un hecho no pueden quedar sometidos a las mismas normas los contratantes que dispongan de distinto

poder de negociación; el precio de los bienes, en especial los de consumo, debe quedar sujeto a la ponderación social que satisfaga de manera justa y equilibrada las necesidades de una y otra parte; la reciprocidad contractual no ha de ser entendida en sentido formalista, sino fundada en una cierta equivalencia de hecho que permita considerar el desequilibrio de las prestaciones de un contrato ya celebrado como señal de que también ha existido desequilibrio en la voluntad de las partes al momento de celebrarlo⁵².

Los articulados anteriormente descritos demuestran que tanto en el derecho interno como en el extranjero, la definición de las cláusulas abusivas desde una óptica abstracta, tiene total aplicabilidad, pues lo que se pretende es establecer un carácter abierto de la abusividad de los posibles términos contractuales, que desde un punto de vista económico genere perjuicios en detrimento de los intereses del consumidor, a partir de un acto consciente de arbitrariedad del predisponente de favorecerse y mejorar su posición negocial ampliando sus ventajas y suprimiendo sus obligaciones, a partir de una total vulneración al principio de buena fe contractual.

Descripción casuística de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias

En virtud de la nueva concepción de las relaciones comerciales y de las formas de contratación mediante contratos predispuestos, doctrinantes y legisladores se dieron a la tarea de equilibrar las cargas y el poder de negociación de las partes contratantes, a partir de la definición de las cláusulas abusivas o leoninas, que como se ha analizado se concibieron desde una visión abstracta y una casuística que consiste en la enunciación indicativa, no taxativa, que se hace a través de la legislación ordinaria de los casos que en particular constituyen

52 Rezzonico, J. Contratos con cláusulas predispuestas. Bs. As.: Editorial Astrea, 1987, pp. 315-316.

un término vejatorio dentro de una relación de consumo, con el propósito de proteger a los débiles, pues ello importa para la defensa de libertades y derechos tanto o más esenciales que el contratar⁵³. Por lo tanto, la regulación y redacción de las llamadas listas negras, se estructuran en una forma de control, de protección a la autonomía de la voluntad del consumidor y una restricción al abuso de la posición dominante del productor, distribuidor, proveedor de bienes y servicios.

Estas enumeraciones indicativas o casuísticas adoptadas por los indistintos sistemas normativos se pueden agrupar en cuatro grandes bloques que son los que aparecen con mayor frecuencia en los contratos por adhesión a términos generales:

1. Las cláusulas de desequilibrio contractual o de atribución de derechos y facultades exorbitantes, que atribuyen al pre-disponente la potestad de determinar o alterar los elementos del contrato, teniendo como objeto aumentar las prerrogativas del empresario frente al adherente, tales como:
 - Modificación del tipo de producto o servicio, de los precios;
 - Cesión del contrato sin el consentimiento del adherente;
 - Interpretación del contenido contractual;
 - Libre rescisión del contrato;
 - La sumisión de la ejecución de la prestación o el cumplimiento de las obligaciones del predisponente a condiciones de carácter potestativo, cuya realización dependa únicamente de su voluntad;
 - La atribución de privilegiadas formas de garantía: en especial la retención de las cantidades abonadas, si el negocio no llega a ejecutarse, o la facultad de compensación⁵⁴.
2. Los términos que disminuyen o limitan inadecuadamente los derechos procesales de defensa del adherente-con-

53 Stiglitz, R. Autonomía de la voluntad y revisión del contrato. Bs. As.: Ediciones De Palma, 1992, p. 38.

54 Díez-Picazo, L. Op. cit., p. 42.

sumidor. Estas cláusulas tienen por objeto desequilibrar procesalmente al adherente, pues no inciden propiamente en las obligaciones fruto del contrato, sino en los mecanismos de defensa o impugnación de la parte que se adhiere, pues lo que pretende el predisponente es anular las herramientas judiciales de quienes con él contratan; sin embargo, no debemos olvidar que naturalmente estas son nulas dado que en términos generales los Estados reconocen las normas de carácter procesal como normas de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

Ejemplos de este tipo de cláusulas abusivas son:

- Las que derogan la competencia judicial sobre el texto del contrato;
- Las que impiden proponer excepciones;
- Las que invierten la carga de la prueba⁵⁵;
- Las que prohíben el ejercicio de acciones en caso de incumplimiento del predisponente o que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales y establecen arbitraje.

3. La limitación de obligaciones del predisponente. Son todas aquellas situaciones de hecho en que al incurrir el predisponente en incumplimiento total o defectuoso de sus obligaciones contractuales, no se genera ningún tipo de responsabilidad, aun cuando los daños sean determinados con ocasión del cumplimiento defectuoso o incumplimiento pleno. En este ámbito se incluyen tanto causas motivadas con fundamento en el caso fortuito, pero que no ameritan tal categoría, como el incumplimiento debidos a la acción de terceros de quienes el predisponente se haya servido como mandatarios o auxiliares en el cumplimiento⁵⁶.

4. La imposición a los adherentes de obligaciones exorbitan-

55 Gómez, C. Op. cit., p. 156.

56 Díez-Picazo, L. Op. cit., p. 43.

tes. Estas tienen por objeto la obtención de mayores beneficios para el empresario en virtud de cargas jurídico-económicas desproporcionadas al adherente-consumidor, tales como la imposición del pago de indemnizaciones exageradamente cuantiosas, imposición de plazos cortos o rápidos para el ejercicio de las reclamaciones que resulten, y cargas para la ejecución de sus derechos, carentes de una función real o con el fin de obstaculizar⁵⁷.

En Colombia la inclusión de estos cuatro tipos de cláusulas vejatorias, a favor de la protección y garantía de los derechos de los consumidores y usuarios, han sido proscritas mediante la Ley 1480 de 2011, que entrará en vigencia en el mes de abril del 2012, en su artículo 43, así:

Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;

57 Ibíd., p. 43.

8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

Como se puede corroborar, el Estatuto del Consumidor colombiano presentará un gran avance en relación con este tema por la simple definición e inclusión de las expresiones condiciones generales y cláusulas abusivas, mediante la dedicación de Título VII que dispone de diez artículos del mencionado estatuto para su regulación.

Pues bien, el anterior Estatuto del Consumidor, enmarcado en el Decreto 3466 de 1982, no hacía mención de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, lo que mantenía a nuestro

sistema normativo fuera de la tendencia regulativa de inclusión y desarrollo de esta materia en el derecho comparado.

Por otra parte, a pesar de la descripción enunciativa realizada por el artículo 43 de las llamadas cláusulas abusivas, con una inclusión casi plena de los criterios generales de lo que aquí se ha expuesto como la visión casuística del concepto de una cláusula abusiva, que encuadran coherentemente con este tipo de cláusulas, cabe anotar que estas no deben ser cerradas ni consideradas taxativas, dado que, como la historia y la evolución del derecho pueden dar fe, el mercado y la economía en las cuales se basan las relaciones de consumo son cambiantes y no puede encuadrarse la protección al consumidor simplemente en estos catorce términos descritos.

Finalmente, se puede anotar que las cláusulas abusivas no se constituyen *per se* en términos ilícitos, pues si bien una gran cantidad se consideran leoninas por ser violatorias de los principios generales de la contratación, como la autonomía de la voluntad, la libertad, igualdad, la buena fe y el equilibrio contractual, ellas aunque ocasionan un abuso calificado de excesivo por parte del predisponente-empresario en su afán de reafirmar su posición contractual dominante, no violan la ley. También puede suceder que una cláusula permite a una de las partes dar por terminado un contrato de suministro con un preaviso a la otra parte bastante reducido, y como la ley da prelación a los términos fijados, se puede estar entonces cumpliéndola y abusando al mismo tiempo, lo que generaría en términos procesales que si la cláusula contractual es ilícita ocasiona, naturalmente, la nulidad del negocio jurídico, mientras que si es considerada como excesivamente abusiva podría impugnarse por vía del abuso del derecho⁵⁸, pues para generar invalidez debe contrariar una norma expresa y recordemos que algunas cláusulas abusivas no están descritas casuísticamente en las leyes o estatutos de protección al consumidor.

58 Gómez, C. Op. cit., p. 141.

Enunciación en el derecho comparado de las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias

En este acápite se describen, a partir del derecho comparado, las listas elaboradas para enunciar normativamente las cláusulas abusivas, que en algunos casos pueden resultar numerosas y en otros no tanto, pero ello puede ser producto de la rigurosidad legislativa de un Estado, de las tendencias de ampliar el derecho positivo imperativo, o porque en algunos casos estas listas son producto de la experiencia nacional de cada país, para poner límites al poder empresarial.

1. La Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas del Consejo Económico de las Comunidades Europeas, dispone de un anexo que contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, así:

Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;
- c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;
- d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la

- celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;
- e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;
 - f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;
 - g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;
 - h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;
 - i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;
 - j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;
 - k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;
 - l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

- m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;
- n) restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;
- o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;
- p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;
- q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

2. El Código Civil italiano, por su parte, regula mediante el artículo 1469-bis los términos que se consideran abusivos, de la siguiente manera:

Se presume que son injustas, mientras no se demuestre lo contrario, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- 1. excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o lesiones corporales de los consumidores, como resultado de un acto u omisión del médico;
- 2. excluir o limitar las acciones o los derechos del consumidor frente al vendedor o proveedor o de un

- tercero en caso de ejecución total o parcial o defectuosa por parte del profesional;
3. excluir o limitar la exigibilidad por parte del consumidor de compensar sus deudas respecto del profesional mediante una reclamación contra esta última;
4. hacer un compromiso en firme del consumidor mientras que la prestación de servicios por el profesional está sujeto a una condición cuya realización depende de su voluntad;
5. permitir que el profesional retenga una cantidad de dinero pagada por el consumidor si éste rescinde el contrato o se retira, sin dar derecho al consumidor a exigir del vendedor el doble de la cantidad pagada, si no es a la conclusión del contrato o retirarse;
6. imponer al consumidor en caso de incumplimiento o retraso en el pago de una suma de dinero en concepto de indemnización, daños y perjuicios o cualquier otra prueba de la cantidad equivalente es manifiestamente excesivo;
7. reconocer al profesional y al consumidor no sólo el derecho a rescindir el contrato, y para permitir a los profesionales mantener aunque sea parcialmente lo pagado por el consumidor como compensación por los servicios no proporcionados todavía, cuando es el vendedor el que se retira;
8. para permitir que el profesional rescinda los contratos de duración indefinida, sin previo aviso razonable, excepto por justa causa;
9. establecer un plazo demasiado lejos antes de la expiración del contrato para su cancelación para evitar la tácita reconducción o renovación;
10. disponer la prórroga de la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales tuvo la oportunidad de conocer antes de la celebración del contrato;
11. autorizar al profesional a modificar unilateralmente los términos del contrato, o las características del producto o servicio a prestar, sin causa justificada que se indique en el contrato;

12. establecer que el precio de los bienes o servicios se determine en el momento de la entrega o de ejecución;
13. permitir al comerciante incrementar el precio de los bienes o servicios sin que el consumidor pueda retirarse si el precio final es demasiado alto en comparación con el originalmente acordado;
14. reservar el poder al profesional para verificar la conformidad de los bienes vendidos o servicios prestados a la prevista en el contrato o darle el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de los términos del contrato;
15. limitar la responsabilidad del profesional con respecto a las obligaciones derivadas de contratos celebrados en su nombre por los agentes, o el cumplimiento de estas obligaciones sujetas a formalidades especiales;
16. limitar o excluir la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento por parte del consumidor;
17. permitir que el profesional se sustituya por un tercero en las relaciones derivadas del contrato, incluso sin el consentimiento previo del consumidor, si se disminuye la protección de los derechos de este último;
18. establecer en los decomisos de los consumidores, las limitaciones del derecho a oponerse a las excepciones, a la jurisdicción de la corte, las limitaciones del anexo de la prueba, modificación o revocación de la carga de la prueba, las restricciones a la libertad de contrato en las relaciones con terceras partes;
19. establecer como sede de la jurisdicción en cualquier litigio que no sea su lugar de residencia o el domicilio de elección del consumidor;
20. disponer la enajenación de un bien o la asunción de una obligación, como condición previa a los empleados subordinados únicamente a la voluntad de los profesionales en la cara de un vínculo efectivo de inmediato para los consumidores. Y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1355.

3. En Brasil el Código de Defensa del Consumidor, que es uno de los más desarrollados en Latinoamérica en materia de protección y garantías a estos sujetos activos en el mercado, regula las cláusulas abusivas en el capítulo VI sección II del artículo 51, así:

Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas a la provisión de productos y servicios que:

- a. Imposibiliten, exoneren o atenúen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios o impliquen renuncia o disposición de derechos. En las relaciones de consumo entre el proveedor y el consumidor persona jurídica, la indemnización podrá ser limitada en situaciones justificables.
- b. Sustraigan al consumidor la opción de reembolso del monto ya pagado, en los casos previstos en este Código.
- c. Transfieran responsabilidades a terceros.
- d. Establezcan obligaciones consideradas inequitativas, abusivas, que pongan al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad.
- e. Establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- f. Determinen la utilización compulsiva del arbitraje.
- g. Impongan representante para concluir o realizar otro negocio jurídico por el consumidor.
- h. Dejen al proveedor la opción de concluir o no el contrato, aunque obligando al consumidor.
- i. Permitan al proveedor, directa o indirectamente, la variación del precio de manera unilateral.
- j. Autoricen al proveedor a cancelar el contrato unilateralmente, sin conferir igual derecho al consumidor.
- k. Obliguen al consumidor a resarcir los costes de cobro de su obligación, sin que igual derecho le sea conferido contra el proveedor.

- l. Autoricen al proveedor a modificar unilateralmente el contenido o la calidad del contrato, después de su celebración.
- m. Infrinjan o posibiliten la violación de normas ambientales.
- n. Estén en disconformidad con el sistema de protección al consumidor.
- o. Posibiliten la renuncia al derecho de indemnización por mejoras necesarias.

4. En México se ha establecido la protección a los consumidores mediante la Ley Federal de Defensa del Consumidor, en el que el artículo 90 estipula la descripción casuística de las cláusulas abusivas, prescribiendo que no serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

- a. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- b. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- c. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;
- d. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- e. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y
- f. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

5. La legislación argentina ha regulado las cláusulas abusivas en la Ley 24240, en el capítulo IX (De los términos abusivos y cláusulas ineficaces), artículo 37, donde estipula que:

Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Los enunciados articulados de las distintas legislaciones disponen una protección al consumidor y usuario en casi una postura única del derecho comparado, que además verifica lo interpretado por vía de la doctrina, inspirados fundamentalmente en los criterios de buena fe y de igualdad negocial que deben imperar entre las partes, sujetos de toda relación contractual, y es, por ende, que el principio que aparece reiteradamente en las distintas legislaciones de manera general, es el de impugnabilidad, de aquellas cláusulas que resulten abusivas de la posición económica dominante; es decir, que siempre el consumidor/usuario podrá objetar las cláusulas que generen una posición exageradamente ventajosa para el comerciante o profesional.

CAPÍTULO III

Los efectos de las cláusulas abusivas

El consumo de bienes y servicios responde a una necesidad generalizada, a tal punto que en determinados momentos el empresario pasa también al rol de consumidor; es así como la regulación jurídica de esta materia es imperante, por amparar no solo derechos de carácter económico sino también sociales que tocan la esfera más íntima de cada ser humano, que se constituye en una expresión colectiva pero al fin y al cabo de la actividad privada de cada hombre. Entonces, la protección, tanto en la esfera pública como privada, se hace necesaria a fin de escudar a los ciudadanos contra los eventuales excesos de abuso de poder que en el marco del mercado y las relaciones de consumo puedan presentarse.

Es cuando se debe analizar que la regulación jurídica actúe en el marco de la objetividad, pues una exagerada rigidez en la regulación de las condiciones generales de la contratación puede poner en una posición inequitativamente privilegiada a los consumidores y pecar por restringir la igualdad y libertad de los productores, proveedores, distribuidores o empresarios, pero por otra parte hay que admitir que a éstos el mercado naturalmente los ubica en una situación ventajosa, y una no debida regulación de las condiciones generales de la contratación por adhesión y las cláusulas abusivas o leoninas, puede llevar a la comisión de abusos contra los consumidores.

La protección positiva al consumidor mediante reglas que ejerzan un control contra aquellas cláusulas abusivas que se imponen unilateralmente por una de las partes, perjudicando de manera inequitativa a la otra parte, o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo general, de los

consumidores o usuarios⁵⁹; lo que pretenden es preservar el equilibrio contractual, de manera que su objetivo no es crear una igualdad material inexistente entre los contratantes, sino asegurar la existencia de una relación equitativa entre pre-disponente y adherente, que hace referencia a una proporción justa, de acuerdo con los límites legales⁶⁰.

Según lo anterior, se podría afirmar que en la mayoría de las legislaciones del mundo y en especial de Colombia, la imposición de normas prescritas respecto a la definición de las cláusulas abusivas y a la interpretación de las mismas de considerarlas nulas total o parcialmente, además de interpretar cualquier tipo de duda a favor del consumidor, se inspira en el quehacer activo del Estado de mantener la competencia libre y leal, el acceso al mercado, de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, de equilibrar las cargas entre los ciudadanos y salvaguardar el principio de la buena fe.

Sin perjuicio de los demás fundamentos, se ha considerado tradicionalmente en el derecho privado que el criterio de buena fe es el que debe primar entre los sujetos partes de toda relación negocial, ya que impide cualquier comportamiento incorrecto, incompatible o abusivo en los contratos y por lo tanto es entendido como el medio más adecuado para dar una interpretación a favor del consumidor en caso de duda y de determinar un eficaz control de las cláusulas que resulten abusivas, dañinas, ventajosas o leoninas.

En los denominados contratos a condiciones generales por adhesión, producto de las relaciones de consumo, las mismas leyes de defensa del consumidor determinan de manera expresa los efectos y la interpretación que ha de dársele a las cláusulas definidas por esa misma ley como abusivas. Bajo esta premisa se tienen los casos de:

59 Farina, J. Contratos comerciales modernos. Bs. As.: Editorial Astrea, 1993, p. 138.

60 Pinzón, J. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 253.

- a) **Comunidad Económica Europea:** Interpreta la abusividad mediante el artículo 5 de la Directiva 93/13 que tiene por objeto regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores al establecer que: En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.
- b) **Italia:** El Código Civil italiano regula los efectos de las cláusulas abusivas en el sentido dado por el artículo 1469-c así: “La forma y la interpretación. En el caso de contratos en que todas o ciertas condiciones se ofrecen al consumidor por escrito, estos términos deben ser siempre por escrito en un archivo. Claras y comprensibles En caso de duda sobre el significado de un término, la interpretación predominante será la más favorable al consumidor”. Y el Artículo 1469-d estipula frente a la ineficacia que: “Cláusulas abusivas en los artículos 1469-bis y 1469-ter no son efectivos, mientras que el contrato sigue siendo eficaz para el resto. Las cláusulas no son eficaces, aunque el tema de la negociación, tengan por objeto o por efecto...”
- c) **España:** La ley española No. 26, del 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, establece los efectos e interpretación de las cláusulas abusivas en su artículo 10, en el cual se resalta la consagración del principio *in dubio pro consumidor* en los siguientes términos:

Las dudas en la interpretación de los contratos de este tipo, se resolverán en contra de quien los haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquellas sean más beneficiosas que estas⁶¹.

61 Pérez, L. Derechos del consumidor. Bs. As.: Editorial Astrea, 2004, p. 122.

Y en el numeral “d” del enunciado artículo se dispone que:

Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

d) Brasil: La Ley No. 9 8078, de 11 de septiembre de 1990, conocida como el Código de Defensa del Consumidor, en el capítulo VI que versa sobre la protección en los contratos, el artículo 47 establece que: “Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”, conteniendo también esta normativa el *principio in dubio pro consumidor*. Y por su parte la sección II del mismo capítulo, en el artículo 51, proscribire que: “Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas a la provisión de productos y servicios que...”.

e) Argentina: El régimen 24240, que es la Ley de Defensa del Consumidor de ese país, prescribe en su capítulo noveno, de “Los términos abusivos y cláusulas ineficaces”:

Artículo 37.- Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o

transgrede el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Indica este articulado que la normatividad argentina retoma el ya reiterado principio *in dubio pro consumidor* y el carácter de nulo de este tipo de cláusulas.

f) Colombia: El nuevo Estatuto del Consumidor colombiano, que entrará en vigencia en abril del año 2012 (Ley 1480 de 2011), prevé en el Título VII, artículos 37 y 42, una regulación acerca de las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas, fundamentada en los principios de buena fe, competencia libre y leal, así como libertad económica, sobre los cuales se sustenta en ese mismo sentido la protección a los consumidores y usuarios contra las cláusulas abusivas en el derecho comparado. Dichos principios permiten rescatar que el derecho del consumo fue erigido a fin de retomar la eficiencia económica, partiendo del capital social y de la confianza, que generan unos deberes específicos para los sujetos intervinientes en la relación de consumo que puede ser concretada mediante un contrato; por lo tanto, sus conductas deben ser adecuadas a las expectativas generadas por el consumo de bienes y servicios de manera razonable, según el giro ordinario de los negocios y de los presupuestos de derecho antes enunciados, y cuyo quebrantamiento puede determinar la responsabilidad por la vulneración de las expectativas legítimas objetivamente suscitadas en la relación contractual de consumo o la declaración de ineficacia de pleno derecho, entendiéndose por no establecido aquellas cláusulas vulnerantes y abusivas de la confianza y expectativas contractuales.

Pues bien, todo ello puede interpretarse, en primer lu-

gar, según el artículo 34, de la interpretación favorable, que puntualiza que: “Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”. Por su parte, el artículo 42 que se refiere al concepto y prohibición establece que: “Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”

Al respecto de los efectos impuestos a las cláusulas abusivas debemos hacer dos reflexiones: una referida al efecto de no convenidas y otra a la interpretación a favor del consumidor. En primer lugar nos ocuparemos de la interpretación de “entenderse por no convenidas” que a simple vista se traduce en volver las cosas a su estado anterior, lo que se ha conocido tradicionalmente en el derecho privado como nulidad; pero a la vez se constituye en un punto común la confusión entre los preceptos de nulidad e inexistencia, para lo cual se retoman las interpretaciones dadas por reconocidos doctrinantes del derecho privado en especial del derecho de contrato; así, por ejemplo: Atilio Alterini dice que

(...) al tenerse la cláusula por no convenida se trata, antes bien que de su nulidad, de su inexistencia. Por lo tanto, la cuestión queda útilmente planteada no bien el consumidor introduce la pretensión de inexistencia de la cláusula, sin que tenga necesidad de accionar mediante una demanda en términos estrictos⁶².

En criterio de Mosset Iturraspe, el acto inexistente es aquel

62 Alterini, A. Contratos. Bs. As.: Ediciones Abeledo-Perrot, 1992, pp. 392-393.

que carece de los elementos esenciales y necesarios para que tenga vida legal, el consentimiento o acuerdo de voluntades, el objeto y la causa. La capacidad es solo un presupuesto del consentimiento. La forma, entendida como expresión o exteriorización de la voluntad, no puede faltar en ningún contrato y como tal es también un presupuesto del consentimiento⁶³.

Al respecto los profesores uruguayos Cafaro y Carnelli explican que las nociones de nulidad e inexistencia corresponden a

categorías lógicas distintas, lo cual no debe ser confundido con la circunstancia que impone resolver el régimen jurídico aplicable a las consecuencias de cada una de ellas. (...) Es por ello que corresponde decidir al legislador la forma especial de regular las consecuencias para cada una de ellas. Justamente, en ocasión de tal tarea, bien puede equiparar el tratamiento legal para ambas categorías, o bien, por el contrario, crear regulaciones distintas y propias para cada una.

Consecuentemente,

(...) no es procedente afirmar que el legislador no ha recibido la categoría de inexistencia porque ésta es de origen lógico y no legal; tampoco es pertinente tal afirmación por la circunstancia de que en el plano legal puedan no haber diferencias en el régimen jurídico⁶⁴.

Finalmente, de esta problemática podríamos concluir que lo que han hecho los legisladores es una combinación en los elementos de regulación; pues en el primer presupuesto de la inexistencia el legislador pretende proteger al consumidor, partiendo de la base que esto opera en los contratos a condi-

63 Mosset Iturraspe, J. Contratos. Bs. As.:Ediciones Ediar, 1991, p. 45.

64 Cafaro, E. y Carnelli, S. Eficacia contractual. Montevideo: Ediciones Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 34.

ciones generales por adhesión en los que como se ha analizado en detalle no existe acuerdo real de voluntades en ejercicio de la autonomía, pues en este el adherente se limita a aceptar en bloque el texto contractual, por lo que claramente no opera una discusión de los términos del acto jurídico que conlleve al consentimiento del contenido de la cláusula cuestionada, por eso consecuentemente se considera que tal no existió (Caso del artículo 35 de la norma francesa de 1978).

Ahora bien, bajo el presupuesto de que el acto jurídico exista pero esté viciado, es cuando debe interpretarse que hay lugar a nulidad del contrato, que puede ser total o parcial de una o dos disposiciones válidas, siempre que estas puedan separarse sin afectar los elementos esenciales del negocio jurídico. Finalmente, la nulidad se decretará para los casos en que se hable de los supuestos de ineficacia, tal como lo hace el legislador italiano en el artículo 1469 y el colombiano en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, o para los casos en que la misma norma determina que lo que opera es la nulidad, como son los casos de las reglamentaciones española, argentina y brasilera.

La segunda reflexión se refiere a aquellas cláusulas que pueden resultar abusivas, en virtud de su ambigüedad, que surjan de las condiciones generales. La respuesta ha sido clara e inequívoca en el derecho comparado al estipularse que se interpretara a favor del consumidor, en desarrollo de los ya conocidos principios “*Interpretatio Contra Stipulatorem*”, en virtud del cual en caso de duda sobre las estipulaciones, las palabras deben ser interpretadas en contra del estipulante; y del principio “*Favor Debitoris*”, por el que las cláusulas o convenciones deben interpretarse a favor del deudor o de quien haya contraído las obligaciones⁶⁵.

Se presenta en las normas de defensa al consumidor tan-

65 Pérez, L. Op. cit., p. 129.

to italiana, española, brasilera y argentina como colombiana (artículo 34), reconociéndose además doctrinalmente como el principio *in dubio pro consumidor*, por lo tanto tendrán una aplicación contra el predisponente que pretende abusar de su posición dominante de profesionalismo, ante el incauto consumidor, que en términos de Juan Farina puede entenderse como un acto en el que incurre el predisponente para confundir al consumidor y menoscabar sus derechos, utilizando cláusulas ambiguas que presentan diversas interpretaciones⁶⁶.

66 Farina, J. Defensa del consumidor y del usuario, 2ª ed., Bs. As.: Astrea, 2000, p. 299.

Bibliografía

- Alpa, G., *Il Diritto Dei Consumatori*, editorial Laterza, Bari, 2002.
- Alterini, A. *Contratos*. Ediciones Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992.
- Alterini, A. *Contratos civiles, comerciales y de consumo*. Perrot. Bs. As. 1998.
- Cafaro, E. y Carnelli, S. *Eficacia contractual*. Ediciones Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- Cabello de los Cobos y Mancha, Luis M. *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Civitas, Madrid, 1990.
- Colin, A. y Capitant, H. *Derecho Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1943.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edición Virtual. Recuperado de: <http://www.lema.rae.es/drae/?val=adhaerere>
- Díez-Picazo, L. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Farina, J. *Defensa del consumidor y del usuario*, 2ª ed., Editorial Astrea, Bs. As., 2000.
- Farina, J. *Contratos comerciales modernos*. Editorial Astrea, Bs. As., 1993.
- Fierro Méndez, R. *Teoría general del contrato*. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.
- Gómez, C. *Estudio sobre los contratos por adhesión a condiciones*

- generales. Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
- Gherzi, C. Contratos de consumo. Ed. Astrea, Bs. As., 2005.
- Gherzi, C. Contratos civiles y comerciales. Ed. Astrea, Bs. As., 2002.
- Hedermann, J. Tratado de Derecho Civil, Vol III. Ediciones R.D.P., Madrid, 1958.
- Hinestrosa, F. Estudios de Derecho Privado. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- Kuhn, T. La estructura de las revoluciones científicas. Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Larroumet, C. Teoría general del contrato, Vol I, Temis, Bogotá, 1993.
- Lorenzetti, R. Contratos: Parte Especial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As, 2001.
- Masnatta, H. El contrato necesario. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1974.
- Mazeaud, H. y Mazeaud, L. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volúmenes 1 y 2. Ediciones Jurídicas Europa - América, Bs. As., 1969.
- Mosset Iturraspe, J. Contratos. Ediciones Ediar, Bs. As., 1991.
- Messineo, F. El contrato en general, Ed. Giuffrè, Milán, 1973,
- Mori, N., La Revolución Industrial, Ariel, Madrid, 1988.
- Ortega y Gasset. La rebelión de las masas. 2a. Edición, Editorial Andrés Bello, Chile, 1996, pp. 430-445.
- Paz-Ares, J. La economía política como jurisprudencia racional, Anuario de Derecho Civil. España, 1981.
- Planiol, M. y Ripert, J. Tratado del Derecho Civil. Ediciones Cultural, La Habana, 1947.
- Pinzón, J. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

- Pérez, L. Derechos del consumidor. Ed. Astrea, Bs. As., 2004.
- Posner, R. Economic Analysis Of Law. Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1972.
- Rezzonico, J. Contratos con cláusulas predispuestas. Editorial Astrea, Bs. As., 1987.
- Santos Briz, J., Derecho Económico y Derecho Civil, Ed. R.D.P., Madrid, 1978.
- Scognamiglio, R. Teoría general del contrato. Casa Editorial Francesco Vallardi, Milán, 1985.
- Silva Ruiz, P. Contratos de adhesión y condiciones contractuales generales, en instituciones de derecho privado. Contratación Contemporánea, Comp. Atilio Alterini, Ed. Temis, Bogotá, 2001.
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ed. De Palma, Bs. As., 1985.
- Stiglitz, R. Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Ediciones De Palma, Bs. As., 2005.
- Stiglitz, R. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Bs. As.- Argentina: Astrea, 1993.
- Stiglitz, R. Autonomía de la voluntad y revisión del contrato. Ediciones De Palma, Bs. As., 1992.
- Soto Coaguila, C. Transformación del derecho de contratos, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2005.
- Soto Coaguila, C. y Mosset Iturraspe, J. El contrato en una economía de mercado, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
- Teubner, G. El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho, Cuadernos de Filosofía del Derecho; traducción de Carlos Gómez Jara-Díez, Doxa, Bs. As., 2002.
- Toffler, A. La tercera ola, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

- Vallespinos, C. El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad, Bs. As., 1984.
- Vargas, M. Contratos de exportación entre productores y consumidores, Ed. Univ. Santiago de Chile, Santiago, 2001.
- Vega Mere, Y. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo, en instituciones de derecho privado - Contratación Contemporánea, Comp. Atilio Alterini, Ed. Temis, Bogotá, 2001.
- Wajntraub, J. Defensa del consumidor, Lexis Nexis, Bs. As., 2002.
- Weingarten, C. Derecho del consumidor. Editorial Universidad, Bs. As., 2007.

NORMATIVIDAD

- Argentina. Congreso argentino. Ley 24.240 (22, septiembre, 1993). Por medio de la cual se crea la Ley de Protección del Consumidor.
- Argentina. Convención constituyente. Constitución nacional (22, agosto, 1994). Por medio de la cual se dicta la Constitución nacional argentina. Santa Fe, 1994.
- Argentina. El presidente de la nación argentina. Ley 16.986. (18, octubre, 1996). Por la cual la acción de amparo. Boletín oficial. Bs. As., 1996.
- Brasil. Presidencia da Republica. Lei 5.869 (11, enero, 1973). Por medio de la cual se expide el Código del Proceso Civil de Brasil, la Ley No. 9 8078, de 11 de septiembre de 1990.
- Colombia, Código Civil Colombiano.
- Colombia, Constitución Política de 1991.
- Colombia, Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor colombiano.
- Colombia, Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor colombiano.

Comunidad Económica Europea. La Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas del Consejo Económico de las Comunidades Europeas.

España, la ley española No. 26 del 19 de julio de 1984 para la defensa de los consumidores y usuarios.

Italia, Código Civil Italiano.

